مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شمارهٔ پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹٤، ص۱۴۹– ۱۳۱

بررسی قاعده «یُغتفر فی الدوام ما لایُغتفر فی الابتداء»* در فقه اسلامی

علی کشاورز[۱]
دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
Email: ali.keshavarz@stu.um.ac.ir
دکتر حسین صابری
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: saberi@um.ac.ir

چکیده

در فقه اسلامی با عبارت‌هایی از جمله «یغتفر فی الدوام (البقاء، الاستدامه) ما لایغتفر فی الابتداء» مواجه می‌شویم که از سیاق آن این‌گونه برمی‌آید که این عبارت، نزد فقها به‌عنوان قاعده‌ای مشهور و مقبول مورد لحاظ واقع شده است. لکن پس از بررسی ردپای این عبارت در کتب فقه و قواعد فقه به نظر می‌رسد در خصوص خاستگاه اصلی این عبارت و حتی استقلال آن، وحدت نظری وجود ندارد. برخی آن را ذیل قواعد «الدفع اقوی من الرفع» یا «التابع تابع» و یا «المانع طاری» ذکر کرده‌اند و برخی نیز از آن در مبحثی مستقل نام برده‌اند. در انتها پس از تحلیل و بررسی گفته‌ها در خصوص این عبارت و بیان ادله، به نظر می‌رسد می‌توان به‌عنوان نتیجه، آن را نه ذیل قواعد سه‌گانه مذکور بلکه به‌عنوان قاعده‌ای مستقل لحاظ کرد مبنی بر اینکه آنچه ابتدا به آن حرام و ممنوع است در ادامه، دوام و بقای آن حرام و ممنوع نیست.

کلیدواژه‌ها: قاعده فقهی، اغتفار، دوام، بقاء، ابتداء، ممنوع.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۲/۰۳/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۱.
۱ .نویسنده مسئول

مقدمه

در کتب فقهی گاه به عبارت‌هایی برمی‌خوریم که فقها از آن به‌عنوان مؤید نظر خود استفاده کرده‌اند و این عبارت‌ها، در بادی امر شبیه به قواعد فقهی مصطلح در کتب مرتبط به نظر می‌رسد. یکی از این عبارت‌ها، عبارت «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» است اجمالا به این معنا که آنچه در ابتدا قابل گذشت، تسامح و تساهل نیست در ادامه از آن چشم‌پوشی می‌شود. البته عبارات دیگری نیز شبیه به این عبارت در کتب فقهی آمده است مثل «یغتفر فی الاستدامه ما لایغتفر فی الابتداء» و «یغتفر فی البقاء ما لایغتفر فی الابتداء» که باید با بررسی این عبارت‌ها، مودای آن‌ها منقح شود. نگارنده در صدد بررسی ساختاری این عبارت‌ها از حیث وجودی و اعتباری است نه تحلیل محتوا یا اعتبارسنجی و نقض و ابرام آن دسته از احکامی که در مذاهب فقهی با این عبارت‌ها، تطبیق داده شده است.

اما برای توضیح این‌که مراد از این عبارت چیست و آیا اساساً این عبارت، قاعده است و اگر هست آیا به‌عنوان قاعده‌ای مستقل قابل اعتناست یا خیر؛ باید ابتدا این مسأله بررسی شود که این عبارت در ضمن چه مباحثی مطرح شده است، زیرا الفاظ مشترک در زمینه‌های مختلف، معانی گوناگونی خواهند داشت و حال آنکه باید مشخص شود کدام‌یک از این زمینه‌ها ارتباط وثیق و دقیق‌تری با این عبارت دارد.

اجمالاً به نظر می‌رسد به این عبارت در چهار مبحث (سه مبحث انضمامی و یک مبحث استقلالی) اشاره شده است:

آ) قاعده الدفع اسهل من الرفع (یا «الدفع اقوی من الرفع»)

سُبکی در *الاشباه و النظائر* در ذیل این قاعده می‌گوید: «از فروع آن، مسائل یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء است که ما از اول جلوی آن‌ها را می‌گیریم نه این‌که در ادامه آن‌ها را برداریم چرا که رفع مشکل است». (۱۲۷/۱). البته وی این مسائل و نظرش را پیرامون این عبارت در ادامه عنوان نمی‌کند و بحث از آن‌ها را به جایی دیگر یعنی در ذیل قاعده «المانع طاری» موکول می‌کند که به تفصیل در قسمت تحلیل و بررسی از آن سخن خواهیم گفت.

ب) قاعده التابع تابع

اجمالاً منظور از قاعده «التابع تابع» این است که آنچه از نظر وجود، تابع دیگری (متبوع)

است از نظر حکم نیز، پیرو متبوع خود است اما عبارات فقها ذیل این قاعده و فروع آن ناظر به مسأله دیگری نیز می‌شود که بدواً آن را تا اندازه‌ای بـا عبـارت «یغتفـر فـی الـدوام ...» مـرتبط می‌سازد و آن عبارت‌ها «قد یثبت ضمناً ما لایثبت اصـلاً» (شـهید، ۲٤٥/۱)، «یغتفـر فـی الشـی ضمناً ما لایغتفر قصدا». (ابن نجیم، ۱۰۳/۱)، «یغتفر فی الشی اذا کان تابعـا مـا لایغتفـر اذا کـان مقصودا» (زرکشی، ۳۷٦/۳) است.

شهید در قواعد می‌نویسد: «این قاعده مأخوذ از قاعده مقتضی در اصول فقه اسـت کـه اگـر مدلول، مضمر باشد به دلیل ضرورت صدق متکلم یا توقف صحت کلام (مثل اسال القریـه) یـا اقتضای شرعی (مثل اعتق عبدک عنی) باید آن‌را در تقدیر گرفت؛ مـثلا اگـر زن‌هـا بـر ولادت، شهادت بدهند پذیرفته می‌شود و بالتبع، نسب هم ثابت می‌شود گرچه اگر می‌خواستند ابتدائا به نسب شهادت بدهند، نسب با شهادت زنان ثابت نمی‌شد. (۲٤٥/۱).

زرکشی نیز در ذیل این قاعده یعنی «یغتفر فی الشی اذا کان تابعا ما لایغتفر اذا کان مقصودا» مثال می‌زند به اینکه: «شفعه بالاصاله در ابنیه و اشجار ثابت نمی‌شود (ولی) به تبع زمـین ثابـت می‌شود یا اگر دست محرم قطع شود (تنها برای دست باید فدیه بدهد و) برای مو و ناخنی کـه بر آن است فدیه واجب نمی‌شود چرا که مو و نـاخن، تـابع دسـت هسـتند و مقصـود در ابانـه نبوده‌اند». (۳۷٦/۳)؛ یعنی مو و ناخن که تابع دست هستند مغتفر شـده‌انـد درصـورتی‌کـه اگـر بالاصاله مو و ناخن جدا می‌شدند فدیه برای آن‌ها واجب می‌شد. (اگر مو و ناخن مقصـود بـود مغتفر نمی‌شد ولی حالا که مقصود نبوده بلکه تابع دست است مغتفر می‌شود).

ابن نجیم نیز در الاشباه و النظائر ذیل قاعـده «یغتفـر فـی الشـی ضـمنا مـا لایغتفـر قصـدا» می‌نویسد که دو مسأله یافته است که این مسائل، عکس آن قاعده مشهور مـی‌باشـند چراکـه در آن‌ها «یغتفر فی الابتداء ما لایغتفر فی البقاء» جاری می‌شود. این دو مسأله یکی صحت تقلید از فاسق است در ابتدا ولی اگر عادل باشد بعد فاسق شود عزل می‌گردد و دوم ایـن‌کـه فـرار عبـد مأذون (اذن در تجارت) ممنوع است اما اگر به فراری اذن داده شود صحیح است (البتـه مسـأله معروف‌تر در مورد بیع و شراء عبد، خرید یکی از ابوین است که ابتدائا اشکال نـدارد امـا دوام آن ممنوع است) (۱۰٤/۱). به نظر می‌رسد مراد از قاعده مشـهور کـه ابـن نجـیم در نظـر دارد همان عبارت مورد بحث ما یعنی «یغتفر فی الدوام ...» باشد اما از آنجا که وی در ضمن قاعـده «یغتفر فی الشی ضمناً...» آن را ذکر می‌کند گویا در نظر وی این هردو قاعده یکـی هسـتند. بـه عبارتی «یغتفر فی الابتدا ما لایغتفر فی البقا» عکس قاعده «یغتفر فـی الشـی ضـمناً مـا لایغتفـر

قصدا» است. ازاین‌روست که حموی در شرح الاشباه و النظائر ابن نجیم ذیل این عبارت، تعبیر «یفتقر فی الضمنیات ما لم یفتقر فی القصدیات» (در تابع نیاز است آنچه در متبوع نیاز نیست) را عوض عبارت «یغتفر فی الابتدا...» به کار می‌برد تا نشان دهد چگونه آن، عکس قاعده «یغتفر فی الشی ضمناً...» است. (غمز عیون البصائر، ۳۶۸/۱).

برخی نیز در ذیل قاعده «فی الشرع ضمنا یغتفر ما لایکون فیه قصدا یغتفر» تعبیر «بالاثنا اغتفرا ما لیس فی اوائل مغتفرا» را به‌کار برده‌اند و البته آن را بیانی دیگر از «یغتفر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل» دانسته‌اند. (فادانی، فوائد الجنیه، ۱۱۷/۲-۱۱۸).

اجمالا به نظر می‌رسد جز ابن نجیم کسی مدعی نسبت میان عبارت مورد بحث و قاعده التابع تابع، نشده است افزون بر این‌که دو مسأله‌ای که وی یافته نیز آن‌چنان سنخیتی با بحث تابعیت ندارند لذا شاید بتوان گفت علاوه بر تفاوت لفظی میان عبارت «یغتفر فی الدوام...» با «یغتفر فی الشی ضمناً...»(و حتی «یغتفر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل»)، بین آن‌ها تفاوت معنوی نیز وجود داشته باشد. در تحلیل این مباحث چهارگانه بیشتر به این مطلب خواهیم پرداخت.

ج) قاعده المانع (یا «المانع طاری هل هو کالمقارن؟»)

مبحث سومی که از عبارت «یغتفر...» در آن یاد شده، قاعده المانع طاری است. قبل از توضیح این قاعده و ارتباط آن با عبارت مذکور باید گفت منظور از «مانع» در مودای این قاعده، مجموع شروط و موانع شرعی است نه آن مانع اصطلاحی در فلسفه که در عرض شرط و مقتضی مطرح می‌شود بلکه اینجا مانع، فقدان شرط، قاطع و مبطل را نیز در بر می‌گیرد.

سیوطی در الاشباه و النظائر ابتدا به ذکر دو گروه از موانع می‌پردازد که در آن‌ها اختلاف است. گروه اول موانعی است مثل عارض‌شدن ارتداد بر احرام و یکی از عیوب بر زوجه که نظر اصح این است که مانع در این موارد همانطور که از ابتدا صلاحیت مانعیت داشتند در ادامه نیز خواهند داشت و در این نمونه‌ها احرام، باطل و خیار برای زوج ثابت است.

گروه دوم موانعی است مثل قدرت بر آب در اثنای نماز که نظر اصح این است که مانع طاری مثل مقارن نیست و در اینجا قدرت بر آب، مبطل نماز نیست. وی در ادامه تنبیهی ذکر می‌کند که در آن دو گروه را نام می‌برد که در آن‌ها اختلافی نیست، یک گروه که بدون اختلاف و به‌طور جازم، طاری مثل مقارن است مثل ارتداد بر نکاح و یکی از عیوب بر زوج و گروه

دیگر که بازهم جزما و قطعاً طاری مثل مقارن نیست مانند موجب فساد بر رهن و اغماء بر اعتکاف. سپس در انتها به‌عنوان خاتمه می‌نویسد که از یکی از دو شق این قاعده (شقی که طاری مثل مقارن نیست) تعبیر به قاعده «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» می‌شود. سیوطی در ادامه می‌افزاید که عکس این قاعده نیز وجود دارد یعنی «یغتفر فی الابتدا ما لایغتفر فی الدوام» و از فروع آن به چند مسأله اشاره می‌کند ازجمله این‌که اگر فجر طلوع کند و فرد از قبل از طلوع فجر مجامع باشد و در آن حال، نزع کند روزه‌اش صحیح خواهد بود اما اگر این واقعه (نزدیکی) در اثنای روزه اتفاق می‌افتاد روزه‌اش را باطل می‌کرد. (۱۸۵/۱–۱۸٦).

به‌طور خلاصه می‌توان گفت آنچه سیوطی در مورد قاعده المانع طاری ذکر می‌کند در سه شکل متصور است:

شکل اول: مانع هم در ابتدا هم در ادامه مانعیت دارد و شاید بتوان از آن به «ما لایغتفر فی الابتدا و الدوام» تعبیر کرد.

شکل دوم: مانع تنها در ابتدا مانعیت دارد اما اگر در ادامه عارض شود مانعیتی نخواهد داشت و از آن به «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» تعبیر می‌شود.

شکل سوم: مانع در ابتدا مانعیت ندارد اما اگر در ادامه عارض شود مانع خواهد بود و می‌توان از آن به «یغتفر فی الابتدا ما لایغتفر فی الدوام» تعبیر کرد.

نظیر این تقسیم‌بندی فوق را می‌توان در قواعد شهید یافت آنجا که وی قاعده المانع را به سه شکل متصور می‌داند:

«۱) آنچه هم در ابتدا هم در ادامه مانع است: مثل معصیت در سفر و مثل ارتداد که مانع صحت نکاح در ابتدا و مبطل آن در ادامه می‌شود ...و مثل جنون در مرد که ابتدائا مانع لزوم عقد و استدامتا مانع ادامه نکاح می‌شود.

۲) آنچه در ابتدا مانع است اما در ادامه مانعیت ندارد مثل احرام که مانع شروع نکاح است اما اگر بر نکاح، طاری شود آن را باطل نمی‌کند ...و مثل تمکن از استعمال آب که مانع از شروع نماز (با تیمم) است ولی در ادامه مبطل نماز نیست و مثل دین که صحیح نیست رهن ابتدائا با آن واقع شود اما اگر عین مرهونه تلف شود، رهن در ادامه بر دین خواهد بود و مثل عدد که در نماز جمعه شرط ابتدا است نه دوام.

۳) آنچه در ادامه مانع است اما در ابتدا مانعیت ندارد مثل ابتدای رهن که امانت آن ضمان غاصب را به یک احتمال برمی‌دارد با این‌که اگر در ادامه به آن تعدی کند ضامن است.».

(۱۸۸-۱۸۵/۱).

در این میان به چند نمونه در کتب فقهی نیز می‌توان اشاره کرد که فقها به عبارت مورد بحث استناد کرده‌اند و به نظر می‌رسد آن را در زمینه قاعده المانع مورد توجه قرار داده‌اند. مثلاً محقق کرکی می‌نویسد: «از شروط نماز جمعه، عدد است (۵ نفر) اما این شرط ابتدا است نه دوام زیرا یغتفر فی الاستدامه ما لایغتفر فی الابتداء». (جامع المقاصد، ۳۸۲/۲). عاملی نیز در مورد نماز شخصی که دچار سلس بول است می‌گوید لازم است ابتدای نماز طاهر باشد ولی اگر در اثنای نماز امری بر او حادث شد مغتفر است. (مفتاح الکرامه، ۵۵۹/۲).

شربینی نیز در مورد اقتدا و شرط اتصال در نماز می‌نویسد: «اگر کسی که با وی اتصال در نماز حاصل شده در خلال نماز، محدث شود یا عمدا نماز را ترک کند برای دیگری جایز است که از امام متابعت کند زیرا اتصال شرط ابتدای انعقاد نماز است نه دوام زیرا یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء». (مغنی المحتاج، ۲۵۰/۱). شروانی نیز در این مورد که ولی نمی‌تواند از مال محجور به وکیلی که فاسق است وکالت دهد می‌گوید زیرا این کار نسبت به ابتداست اما عارض‌شدن فسق بر وکیل، مغتفر است زیرا یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء. (حواشی شروانی، ۳۳٤/۵).

د) مبحث مستقل

ازجمله کسانی که این عبارت را به‌عنوان قاعده‌ای مستقل و نه در ذیل قاعده‌ای دیگر آورده و به ذکر فروعات آن پرداخته است، زرکشی است؛ اما با دقت در فروعاتی که وی می‌آورد معلوم می‌شود که در ذکر این قاعده نظری به بحث قاعده المانع نیز داشته است چرا که وی بطور مستقل از سه قاعده سخن می‌گوید:

۱) یغتفر فی الابتداء ما لایغتفر فی الدوام: مثلا اگر در حج، جماع عارض شود آن را فاسد می‌کند ولی اگر در حال جماع، مُحرم شود نظر اصح اینست که حجش به‌طور صحیح منعقد شده است. [سیوطی این مثال را در ذیل قاعده المانع و از فروعات «یغتفر فی الابتدا...» آورده است هرچند نظر اصح را انعقاد حج به‌طور فاسد می‌داند. (الاشباه و النظائر، ۱۸٦/۱)] یا مثال دیگر این‌که نماز خوف، سواره یا پیاده چه رو به قبله باشد یا نباشد، صحیح است اما اگر روی زمین و رو به قبله نماز بخواند و در اثنای نماز، خوفی حادث شود و راکب شود، نمازش باطل است و باید از اول شروع کند.

مثال دیگر این‌که اگر مردی سوگند بخورد که همسرش را طلاق می‌دهد حق ایلاج دارد اما از استمرار منع می‌شود. [این مثال را هم عیناً سیوطی در همان بحث آورده است. (همان، ۱۸۷/۱)].

۲) یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء: مثلاً اگر در جنگ، زمین‌گیر یا کور حاضر شود برای این‌ها سهم نمی‌برد ولی اگر سالم حاضر شده و این‌ها در جنگ بر وی عارض شده باشد حقش از سهم، باطل نمی‌شود. مثال دیگر این‌که نکاح مُحرم صحیح نیست ولی رجعت او به‌عنوان استدامه نکاح، صحیح است.

۳) ما لایغتفر فیهما ای الابتداء والدوام: مثلا اگر با حره و اَمه (زن آزاد و کنیز غیر مسلمان) ازدواج کند و هر دو بعد اسلام بیاورند زن آزاد برای او متعین و زن کنیز از وی جدا می‌شود. (چرا که ازدواج با کنیز مسلمان هم ابتدائا هم استدامتا جائز نیست). (المنثور فی القواعد، ۳۷۲/۳-۳۷۵).

آنچه زرکشی به طور مستقل آورده به نظر همان سه قسمی است که در قاعده المانع برشمردیم و از این منظر نمی‌توان برای این استقلال، اعتبار چندانی قائل شد لکن زرکشی در ادامه بعد از ذکر این سه قاعده، مطلب جدیدی می‌نویسد که با مبحث قاعده المانع بسیار متفاوت است. گویی وی به کشف تازه‌ای از معنای «ما» در عبارت «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» رسیده است و به نظر می‌رسد اگر بتوان این عبارت را به‌عنوان قاعده‌ای مستقل لحاظ کرد، این امکان از این منظر جدید قابل بررسی باشد. زرکشی می‌نویسد: «و بدان که اقسام به چهارگونه است:

۱) آنچه انجام آن‌هم ابتدائا وهم استدامتا حرام است مثل صورت‌گری بر سقف و لباس و ظرف‌های طلا و نقره و شرب خمر و از این رو بر شارب خمر واجب است آنچه نوشیده بالا بیاورد.

۲) آنچه انجام آن نه ابتدائا نه استدامتا حرام نیست و تمام امور مباح از این گونه‌اند.

۳) آنچه انجام آن ابتدائا حرام است اما استدامه آن حرام نیست مثل تمویه سقف (طلاندودکردن که ابتدائا حرام است اما اگر به حد نصاب زکات نرسد استدامه آن حرام نیست) و صور نقش شده بر حصارها، زمین و بساط‌ها (رواندازها).

٤) آنچه استدامه آن حرام است لکن انجام آن ابتدائا حرام نیست از جمله این‌که نکاح با کنیز (اَمه) در صورت نیاز جایز است اما اگر مالکش شود دوام نکاح بر وی حرام است لذا

فسخ می‌شود و صید که انجام آن مباح است اما استدامه بر آن در مدت احـرام، حـرام اسـت و مضطر اگر مال غیر را بگیرد و بعد موسر شود واجب است آن را به وی برگرداند و استدامه بـر (نگه‌داشتن) آن مال بر وی حرام است و در ماه رمضان اگرشخص جماع کنـد بـا طلـوع فجـر، استدامه آن بر وی حرام می‌شود.» (همان، ۳۷۵/۳).

اجمالا به نظر می‌رسد مورد چهارم خلاف فرض است چرا که فرض در مورد نفـس فعلـی است که بدون عارض‌شدن چیز دیگری بر آن که گاه موجب تغییر وضعیت یـا تغییـر موضـوع می‌شود، از نظر ابتدا و استدامه لحاظ شود که در مورد چهارم، زرکشـی از ایـن فـرض تخطـی می‌کند؛ اما از این منظر که وی به ممنوع و نه مانع توجه دارد می‌توان به تحلیل تـازه‌ای دسـت یافت که در ادامه، به بیان آن خواهیم پرداخت.

از متقدمان که بگذریم، زرقا از معاصرانی است که عبارت «یغتفر فی البقاء مـا لایغتفـر فـی الابتداء» را به شکلی مستقل آورده و در شرح آن می‌نویسد: «گـاهی در خـلال امـر و اثنـای آن تسامح و تساهل می‌شود زیرا بقا اسهل از ابتداست» (شرح القواعد الفقهیه، ۲۹۳/۱). وی سپس چند نمونه در تطبیق با این قاعده ذکر می‌کند مثلا اگر زن به عده اعتـراف کنـد از ازدواج منـع می‌شود اما اگر ازدواج کرد سپس ادعا کرد که در عده است به حرفش توجهی نمی‌شود و قـول زوج مقدم می‌شود یا مثال دیگر این‌که اگر عبد بعد از فروش، فرار کند بیـع، فاسـد نمـی‌شـود به‌خلاف وقتی که او را بفروشند درحالی که او فراری است. (همان، ۲۹٤/۱). زرقا در ادامه بـه ذکر نکاتی می‌پردازد از جمله این‌که این قاعده «یغتفر فی البقاء...» اطـراد نـدارد و نکتـه دیگـر این‌که این قاعده غیر مطرد، خود استثنا خورده به مسائلی که «اغتفر فیها فی الابتداء ما لم یغتفـر فی البقاء». (همان، ۲۹٥/۱).

یکی دیگر از معاصران نیز عبارت «یغتفر فی البقاء...» را به عنوان قاعده مستقل اما متـرادف با قاعده «البقاء اسهل من الابتداء» ذکر می‌کند و در شرح آن می‌نویسد: «معنای این قاعـده ایـن است که گاهی ابتدای چیزی جایز نیست اما استمرارش جایز است و استمرارش منشـاء حکـم (حکم حرمت یا عدم جواز) نمی‌شود چراکه مغفور است لکن اگر بار دیگری از نو، انشا وآغاز شود، حکم (حرمت یا عدم جواز) را به بار می‌آورد. پس بقـایش حکمـی نـدارد امـا ابتـدایش محکوم (به عدم جواز) است. (ولید السـعیدان، تلقـیح الافهـام العلیـه بشـرح القواعـد الفقهیـه، ٤٦/۳).

وی در ادامه به ذکر فروعات این قاعده می‌پردازد ازجمله:

«۱) اگر فرد قبل از احرام خود را معطر کند بعد مُحرم شود شکی نیست که اثر عطر باقی می‌ماند اما این اثر اشکال ندارد چراکه مغتفر است اما اگر بعد از محرم‌شدن از عطر استفاده کند بر وی فدیه واجب می‌شود چرا که شروع به فعل عطرزدن در حال احرام، مغتفر نیست.

۲) عقد نکاح از محظورات احرام است و برای مُحرم، ازدواج جایز نیست واگر مُحرم بعد از احرام شروع به عقد نکاح کند بی‌شک گناه کرده است لکن اگر همسرش را طلاق بدهد وبعد مُحرم شود و درحال احرام بخواهد رجوع کند اشکال ندارد چرا که رجعت، ابتدای عقد جدید نیست بلکه استمرار عقد نکاح اول است به‌عبارتی از باب بقا است نه از باب ابتدا ویغتفر فی البقاء مالایغتفر فی الابتداء.

۳) از محظورات احرام، قتل صید (برّی متوحش) است لکن اگر صیدی را بکشد و نه مُحرم باشد و نه در حرم باشد سپس نیت احرام کند لازم نیست آن صید را رها کند چراکه وجود صید همراه او از باب بقاست ولی اگر بعد از احرام، صید را بکشد گناه کرده و مثل آن را باید فدیه بدهد.

٤) اموال حرامی که مردم کسب کرده‌اند درحالی که عالم به حرمت نبوده‌اند اگر به جهت تحریم، علم پیدا کنند لازم نیست از آن اموال تخلص بجویند لکن بعد از علم به تحریم، تحصیل چیز جدیدی از آن جهت حرام، جایز نیست.

٥) نماز مستحبی را اگر فرد در غیر از وقت نهی شروع کند و آن‌قدر ادامه بدهد تا داخل در وقت نهی شود اشکال ندارد چراکه از باب بقاست لکن اگر داخل در وقت نهی شود سپس ابتدا و شروع به نفل کند صحیح نیست چراکه از باب ابتداست فاغتفر البقاء و لم یغتفر الابتداء لان البقاء اسهل من الابتداء.

٦) زن نمی‌تواند هنگام عقد، مهرش را اسقاط کند اما اگر عقد با مهر تمام شود وسپس بعد از مدتی زن آن را اسقاط کند و ببخشد این‌کار جایز است بنابراین ابتدای اسقاط مهر با عقد، جایز نیست اما اسقاط مهر بعد از اتمام عقد، جایز است چرا که یغتفر فی البقاء ما لایغتفر فی الابتداء.

۷) ابتدای بیع عبد درحالی‌که فراری است جایز نیست لکن اگر عبدی را بفروشد بعد این عبد فرار کند ضرر به صحت بیع نمی‌زند.

۸) اگر در سرزمینی طاعون شیوع پیدا کند فردی که داخل این سرزمین است اگر خارج نشود با اینکه گمان هلاکت او نیز می‌رود قاتل خویش و مصداق کسی که خود را به هلاکت

انداخته، شمرده نمی‌شود اما کسی که خارج از آن سرزمین است ابتدای ورودش به آنجا جایز نیست چراکه حرام است انسان خود را به هلاکت بیاندازد درحالی‌که مامور به محافظت بر جان خویش است پس بقا در آن سرزمین مغتفر وابتدای ورود به آنجا حرام است زیرا یغتفر فی البقاء ما لایغتفر فی الابتداء». (همان، ۳-٤٦-٤٩).

تحلیل، بیان ادله و نتیجه‌گیری

پس از ذکر مباحثی که اجمالا در آن‌ها، این عبارت ذکر شده است باید دید در مقام اعتبارسنجی می‌توان این عبارت را چگونه و در کجا مورد تحلیل قرار داد، سپس در صورت وجود ادله به ذکر آن پرداخت و در پایان، نتیجه‌گیری کرد.

تحلیل

در مورد مبحث اول یعنی قاعده «الدفع اقوی من الرفع» به نظر می‌رسد اولا جز سُبکی که خود وی نیز چندان راغب به بحث از این عبارت ذیل این قاعده نیست، کس دیگری از قاعده‌نویسان و فقها مدعی ارتباط میان این قاعده و این عبارت نشده‌اند و دلیل آن نیز شاید این باشد که اساسا اغتفار از دوام (اقوائیت بقا) در تعارض با اقوائیت دفع است.

در مورد مبحث دوم یعنی قاعده «التابع تابع» نیز اگر از اضطراب موجود میان برخی موارد تطبیق داده شده بر این قاعده صرف‌نظر کنیم، به نظر می‌رسد بحث از تابع و متبوع، بحث از فرع و اصل است به عبارتی از حیث وجودی داریم درباره دو شیء بحث می‌کنیم، وجود تابع غیر از وجود متبوع است و وجود فرع غیر از وجود اصل است؛ مثلا در مثال شهید، اثبات ولادت غیر از اثبات نسب است هرچند ولادت که ثابت شود بالتبع، نسب هم ثابت می‌شود و یا در مثال زرکشی، وجود ابنیه و اشجار، یا وجود مو و ناخن غیر از وجود زمین و دست است اما وقتی سخن از دوام و ابتدا به میان می‌آید بحث ما درباره دو شیء نیست بلکه داریم روی یک شیء تمرکز می‌کنیم؛ مثلا در موردی که ابن نجیم ذکر می‌کند اصلا تابع و متبوع، فرع و اصلی وجود ندارد، عدالت یک ویژگی است که گاهی از حیث دوام و گاهی از حیث ابتدا مورد بررسی واقع می‌شود. وجود آن در ابتدا می‌تواند شرط تقلید باشد یا نباشد و فقدان آن هم در ادامه می‌تواند مانع تقلید باشد یا نباشد.

بنابراین در تنقیح واژگان مورد بحث به نظر می‌رسد عبارت «یغتفر فی الدوام ...» یا عکس

آن «یغتفر فی الابتداء...» با قاعده التابع تابع و بحث «یغتفر فی التابع (ضمنا) ما لایغتفر فی المتبوع (مقصود، اصل)» اختلاف معنایی جدی دارد.

اما مراد از عبارت «یغتفر فی الثوانی ما لایغتفر فی الاوائل» چیست؟ به نظر می‌رسد این عبارت، بیان دیگری از عبارت «یغتفر فی الدوام ...» نیست بلکه هم لفضا هم مفهوما با آن متعارض است به عبارتی مربوط به قاعده «یغتفر فی الشی ضمنا...» است چرا که وجود اول (فرض کنیم عدد ۱) غیر از وجود ثانی (فرض کنیم عدد ۲) است هرچند وجود ثانی، خود از انضمام و تابعیت با وجود اول ناشی شده است (۱+۱=۲).

اما می‌رسیم به مورد مبحث سوم یعنی قاعده «المانع طاری». به نظر می‌رسد اگر مراد از «ما» در عبارت «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء»، «مایَمنع»(آنچه منع می‌کند: مانع) باشد می‌توانیم از این عبارت در ذیل این قاعده بحث کنیم منتها در این صورت با دو پرسش مواجه خواهیم شد.

پرسش اول این‌که آیا این عبارت، ذیل قاعده المانع، فرع این قاعده است یا استثنا بر این قاعده محسوب می‌شود؟

پرسش دوم این‌که به فرض اگر این عبارت، یکی از همان متفرعات قاعده المانع باشد آیا صرف تنوع در تعبیر می‌تواند مجوز تأسیس قاعده شود؟

اما در پاسخ به پرسش اول گفته شده اصل و قاعده این است که آنچه در ابتدا شرط و فقدان آن، مانع است در ادامه نیز شرط و فقدان آن، قاطع باشد. منتها در بعضی مواقع از این قاعده مواردی استثنا شده و این استثناءات به حسب مورد، گاهی در ابتدا و گاهی در ادامه، واقع شده‌اند. از این رو سُبکی آن‌گاه که ذیل قاعده المانع از این عبارت نام می‌برد می‌نویسد: «دراین قاعده عبارتی مندرج شده است که دیگران آن را جزء قواعد به حساب آورده‌اند و آن عبارت «قد یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» است که مسائل آن بسیار و از اساس، خارج از قواعد است». (۳۱۲/۱-۳۱۳). وی در ادامه برای اثبات مدعای خود در خصوص این‌که این عبارت اساسا جزء قواعد نیست به دو مطلب استناد می‌کند:

مطلب اول: آوردن لفظ «قد» قبل از عبارت است که بعد از بررسی تفصیلی در خصوص معنای آن نزد ادبا و لغوی‌ها نتیجه می‌گیرد که این لفظ غالبا برای تقلیل استعمال می‌شود.

مطلب دوم: معنای لفظ «اغتفار» است مبنی بر اینکه اگر مورد مغفرت واقع نشود، اصل و قاعده، مواخذه بر آن است و کسی که این عبارت («قد یغتفر فی الدوام ...») را در شمار قواعد

ذکر کرده معنای آن را به درستی نفهمیده است انگار کسی‌که معفوعنه در بـاب نجاسـات را در اقسام طهارات بیاورد. (همان، ۳۱۳/۱-۳۱۵).

سپس می‌نویسد: «تحقیق اینست که وجود شیء در دوام بـه منزلـه وجـود آن در ابتداسـت مگر آنچه استثنا شده است و مستثنا قاعده نیست». (همان، ۳۱۵/۱).

وی به همین مقدار اکتفا نمی‌کند و در سطور بعد هرکس را که اعتقاد به دوام را اصـلی از اصول قواعد به حساب بیاورد؛ متهم به سوء فهم می‌کند و حال و روز کسی که مسـائل انـدکی که عکس این موارد است (مسائل یغتفر فی الابتداء...) را جـزء قواعـد بـر شـمرده؛ از او بـدتر می‌داند و سپس خود به ذکر آن موارد اندک می‌پردازد که این موارد اندک را نیز استثنا از قاعده مشهور «ما منع الدوام منع الابتداء» می‌داند چرا که در این موارد اندک، آن‌چه دوامـا منـع شـده، ابتدائا منع نشده است. (همان، ۳۱۶/۱-۳۱۷).

بنابراین طبق این دیدگاه، عبارت مورد بحث، متفرع از قاعده المانع نیست بلکه استثنایی بـر آن است و استثنا قاعده نیست.

اما در پاسخ به پرسش دوم اگر برخلاف سُبکی بپذیریم که قاعده المانع یـک قاعـده واحـد ولی در عین حال سه‌گانه است (نه یک قاعده با دو استثنا) در این صورت چنان‌که گذشت طبق تقسیم‌بندی شهید و سیوطی از قاعده المانع، این عبارت و عکسـش را تنهـا مـی‌تـوان از بـاب ذوق‌ورزی ادبی و تنوع در تعبیر، مورد توجه قرار داد حال آن‌که به نظر نمی‌رسد توجیه عبارت مورد بحث به این شکل، قانع‌کننده باشد.

اما در مورد مبحث چهارم یعنی صحبت از عبارت مورد نظر در مبحثی مستقل، سه نکتـه را باید متذکر شد:

نکته اول این‌که مودای این عبارت، ذیل قاعده اخیر و مبحث فعلی به تفـاوت معنـای «مـا» متفاوت می‌شود چراکه اگر مراد از «ما» در عبارت مورد بحث «مـا یَمنـع» (معلـوم) باشـد ایـن عبارت را چنان‌که گذشت می‌توان از منظر قاعده المانع بررسی کرد اما اگر مراد از آن «ما یُمنع» (مجهول) باشد دیگر نمی‌توان ذیل قاعده المانع آن را به حساب آورد چرا که دیگر مربـوط بـه بحث شرط و فقدان شرط یا مانع نیست به عبارت دیگر اگـر مـراد، «مـا یَمنـع» باشـد مـودای عبارت می‌شود «آنچه درابتدا منع می‌کند (مانع است) در ادامه منـع نمـی‌کنـد (مـانع نیسـت یـا مغتفر می‌شود ادعائا)» ولی اگر مراد، «ما یُمنع» باشد مـودای عبـارت مـی‌شـود «آنچـه در ابتـدا ممنوع است (حرام است، جائز نیست) حدوث آن، در ادامـه ممنـوع نیسـت (حـرام نیسـت یـا

مغتفرمی‌شود حقیقتا) بقا و دوام آن». حال به نظر می‌رسد اگر معنا را مانع بگیریم به لزوم مجاز در این عبارت می‌انجامد چراکه متبادر از اغتفار، عذاب و مواخذه‌نشدنی است که در ارتباط با نفس حرام وممنوع، مطرح است نه مانع (یا فقدان شرط).

نکته دوم هم برمی‌گردد به مطلبی که زرکشی عنوان کرده و به آن در جای خود اشاره کردیم و آن اینست که اگر معنا را به همان معنای حقیقی خود یعنی «ممنوع» لحاظ کنیم دیگر عارض و طاری‌شدن چیزی دیگر را نتوان در این خصوص دخیل دانست چرا که فرض اینست که نفس فعل حرام، از جهت ابتدا و بقا بدون توجه به عامل خارجی که ممکن است برآن عارض شود، مورد نظر است. لذا قسم چهارمی که زرکشی ذکر کرده است (ما تحرم استدامته و لایحرم ابتداء فعله) خلاف فرض است. برای توضیح بیشتر لازم است یک‌بار دیگر آن‌چه وی ذکر کرده را مرور کنیم. زرکشی چهار قسم برای افعال نسبت به حرمت ابتدائا و استدامتا بیان می‌کند:

۱) هم در ابتدا هم استدامه حرام باشد

۲) نه در ابتدا نه استدامه حرام نباشد

۳) در ابتدا حرام باشد در استدامه حرام نباشد

٤) در استدامه حرام باشد در ابتدا حرام نباشد

اما آن‌چه این فکر را تقویت می‌کند که وی در قسم چهارم خلاف فرض سخن گفته بررسی قسم دوم است چراکه به نظر می‌رسد تنها با حفظ شرایط می‌توان قائل به همچو قسمی شد. فی‌المثل خوردن وآشامیدن ابتدائا و استدامتا حرام نیست لکن در صورتی که شرایط یکسان باشد ولی اگر شرایط تغییر کند (و نپذیریم که فرض جایی است که شرایط یکسان باشد) آنوقت تفاوتی میان قسم دوم و چهارم نخواهد بود چرا که مباحی را نمی‌یابیم که ابتدا به آن جائز ولی با تغییر برخی شرائط، استدامه آن حرام نشود (در مورد خوردن و آشامیدن مثلا آغاز ماه رمضان را می‌توان عنوان کرد).

حال که واضح شد فرض چیست و قسم چهارم از این تقسیم‌بندی خارج شد می‌ماند بررسی سه قسم دیگر که به نظر می‌رسد از آن‌جا که بحث ما پیرامون تاثیر ابتدا و استدامه است قسم دوم را نیز می‌توان کنار گذاشت چراکه اولا ابتدا و استدامه برآن تاثیری ندارد و در ثانی آنچه به بحث ما (عبارت «یغتفر...» در خصوص ممنوع) مربوط می‌شود نفس فعل حرام است ابتدائا، خواه استدامتا هم حرام باشد یا نه و اگر ابتدائا حرام نباشد از بحث ما تخصصا خارج

است.

نکته سوم که از مجموع نکات اول و دوم بر می‌آید اینست که میان اقسام باقی مانـده یعنـی قسم اول و سوم، کدام را می‌توان در تناسب با عبارت «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتـداء» قاعده به حساب آورد؟ اگر قسم اول (ما یحرم ابتـداء فعلـه و اسـتدامته) اصـل و قاعـده باشـد آن‌وقت عبارت «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» قاعده مستقل نـه بلکـه در نهایـت یـک استثنا است ولی اگر قسم سوم (ما تحرم ابتداء فعله و لاتحرم اسـتدامته) اصـل و قاعـده باشـد آن‌وقت عبارت «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» قاعده است مگر اینکه خلاف آن ثابـت شود. شاید پس از ذکر دلائل ممکن برای حجیت این قاعده از این منظـر، پاسـخ ایـن پرسـش واضح شود:

بیان ادله

دلیل اول: آیات

۱) «أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّـهُ أَنَّكُـمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّـهُ لَكُـمْ وَكُلُـوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ...» [۱] (بقره:۱۸۷)

از این آیه فی‌الجمله می‌توان این‌گونه برداشت کرد که نزدیکی در هر جزئی از اجزای شب حتی جزئی که نزدیک به صبح است جائز است و حتی بقای بر جنابت تا صبح و طلـوع فجـر ماه رمضان نیز حرام نیست. به این ترتیب، ابتدا و ایجاد جنابت در حال روزه یعنی بعد از طلوع فجر، ممنوع است لکن بقا و تداوم جنابت موجود در حال روزه یعنی بعد از طلوع فجر ممنـوع نیست. البته نگارنده قصد ندارد حکم فقهی مستفاد از این آیه را بین مذاهب خمسه بررسی کند چرا که فقط ذکر دلائل ممکن، منظور است و واضح است که این امکان در خصوص ایـن آیـه متصور است. (به طور نمونه ر.ک: کاشـانی، بـدائع الصـنائع، ۹۲/۲؛ ابـن قدامـه، مغنـی، ۷۵/۳؛ شوکانی، نیل الاوطار، ۲۹۱/٤).

---

[۱] ـ در شبهای روزه، همخوابگی با زنانتان بر شما حلال گردیده است. آنان برای شما لباسی هستند و شـما بـرای آنـان لباسـی هستید. خدا می‌دانست که شما با خودتان ناراستی می‌کردید، پس توبهء شما را پذیرفت و از شما درگذشت. پـس، اکنـون [در شبهای ماه رمضان می‌توانید] با آنان همخوابگی کنید، و آنچه را خدا برای شما مقرر داشته طلب کنید. و بخورید و بیاشامید تـا رشتهء سپید بامداد از رشتهء سیاه [شب] بر شما نمودار شود...(ترجمه: فولادوند)

۲) آیه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ...»[۲] (نسا: ٦)

از این آیه نیز فی‌الجمله می‌توان این‌گونه برداشت کرد که ابتدا به دفع مال بـه وی در حـال فسق، ممنوع است اما بقا و دوام مال داده شده نزد وی در حال فسق، ممنـوع نیسـت. (بـه‌طـور نمونه ر.ک: سرخسی، المبسوط، ١٧٩/٢٤).

دلیل دوم: روایات

۱) حدیث عایشه: «كُنْتُ أُطَيِّبُ رَسُولَ الله صلى الله عليـه و (آلـه) و سـلَّم لِإِحْرَامِـهِ قَبْـلَ أَنْ يحْرِمَ. وَلِحلِّهِ قَبْلَ أَنْ يطُوفَ بِالْبَيت بِطيب فِيهِ مِسْكٌ....».[۳]

به این حدیث در تلقیح الافهام العلیه بشرح قواعد الفقهیه (ولید السعیدان، ٤٦/٣) و قواعـد الفقهیه بین الاصاله والتوجیه (محمد حسن عبدالغفار، ٩/١٥) به‌عنوان دلیـل قاعـده «یغتفـر فـی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» اشاره شده است به این مضـمون کـه ابتـدا بـه عطـرزدن در حـال احرام، حرام است لکن بقا و دوام عطر در حال احرام، حـرام نیسـت و شسـتن آن نیـز واجـب نیست. نووی ذیل این روایت می‌نویسد که حتی دلالت بر استحباب طیب هنگام اراده به احرام دارد و این‌که بعد از احرام، استدامه (رایحه) آن اشکال ندارد چرا که فقط ابتدا به طیب در حـال احرام، حرام است. (شرح مسلم، ٩٨/٨). ابن حجر نیز آن را نظـر جمهـور فقهـای اهـل سـنت می‌داند. (فتح الباری، ٣١٦/٣). این روایت و روایات مشابه که بسیار متعدد نیز هستند (بـالغ بـر ٢٠ روایت) را می‌توان در ایـن منـابع یافـت: (صـحیح بخـاری، ٦٠/٧؛ صـحیح مسـلم، ١٠/٤؛ نسائی، سنن الکبری، ٣٣٨/٢؛ مسنداحمد، ١٨٦/٦؛ ابن حجر، فتح الباری، ٣١٣/١٠).

۲) حدیث عبدالرحمن بن عوف در مورد طاعون: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيه وَسَـلَّمَ قَـالَ: «إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلاَ تَقْدَمُوا عَلَيه، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا، فَلاَ تَخْرُجُوا فِرَاراً مِنْهُ».»[٤].

ولید السعیدان به این روایت نیز در تطبیقات قاعده «یغتفر فی البقاء ما لایغتفر فـی الابتـداء» اشاره می‌کند به این مضمون که اگر در سرزمینی طاعون شیوع پیدا کند فـردی کـه داخـل ایـن سرزمین است اگر خارج نشود با این‌که گمان هلاکت او نیز مـی‌رود قاتـل خـویش و مصـداق

---

[۲] ـ و یتیمان را بیازمایید تا وقتی به [سنّ] زناشویی برسند پس اگر در ایشان رشـد [فکـری] یافتیـد، اموالشـان را بـه آنـان رد کنید...(ترجمه: فولادوند)

[۳] ـ عایشه: «رسول خدا را قبل از اینکه مُحرم شود و قبل از اینکه از احرام خارج شـود (بعـد از رمـی جمـره عقبـه و قبـل از طواف)(با مشک) عطرآگین می‌کردم...».

[٤] ـ اگر شنیدید که طاعون در سرزمینی شیوع یافته به سمت آن نشتابید و اگر در سرزمینی که شما در آنید واقع شـد، از آنجـا برای فرار از (شر) طاعون خارج نشوید.

کسی که خود را به هلاکت انداخته، شمرده نمی‌شود اما کسی که خارج از آن سرزمین است ابتدای ورودش به آنجا جایز نیست چرا که حرام است انسان خود را به هلاکت بیاندازد درحالی‌که مامور به محافظت بر جان خویش است پس ابتدای ورود به آنجا حرام ولی بقا و ماندن در آن سرزمین حرام نیست. (تلقیح الافهام العلیه، ۴۹/۳).

این روایت و روایات متعدد مشابه را می‌توان در این منابع یافت: (صحیح بخاری، ۲۲/۷؛ صحیح مسلم، ۲۷/۷؛ مسند احمد، ۱۹۳/۱).

دلیل سوم: عقل

برخی به قاعده «البقاء اسهل من الابتداء» و اقوائیت دوام نسبت به ابتدا تمسک کرده‌اند (زرقا، شرح القواعد الفقهیه، ۲۹۳/۱؛ سعیدان، تلقیح الافهام العلیه، ۴۶/۳؛ عبدالغفار، قواعد الفقهیه بین الاصاله والتوجیه، ۹/۱۵؛ حواشی شروانی، ۲۵۵/۱؛ شربینی، مغنی المحتاج، ۱۸۶/۳)؛ و برخی دیگر که اغلب فقهای امامیه هستند در خصوص ملازمه عقلی به نفی آن پرداخته‌اند وگویا بیشتر این مباحث، ذیل بحث «عمل صور و نگهداری تصاویر» مطرح شده است به این مضمون که هرچند عمل صور، حرام است لکن بقا و دوام صور، حرام نیست. صاحب مفتاح الکرامه می‌نویسد: «مستفاد از اخبار صحیحه و اقوال اصحاب، عدم حرمت ابقای صورت است». (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۱۰/۶). هرچند وی به اخبار صحیحه تمسک می‌کند ولی اخبار در این خصوص، متعدد و متعارض است و فقهای پس از او برای استدلال به عدم حرمت ابقای صورت، نفی ملازمه عقلی را بیشتر مستند قرار داده‌اند. محقق نراقی در پاسخ به این پرسش که «آیا حرام است ابقای آنچه عملش حرام است (تا ازاله آن واجب شود) یا نه؟» می‌نویسد: «ظاهر این است که حرام نیست خصوصا در مواردی که ازاله موجب ضرر می‌شود بدلیل اصل و اینکه حرمت عمل مستلزم حرمت ابقا نیست». (مستندالشیعه، ۱۱۰/۱۴). صاحب‌جواهر نیز ادعای اجماع بر عدم حرمت ابقای صور را ممکن می‌داند. (۴۴/۲۲).

اما شیخ انصاری در مکاسب می‌نویسد: «آنچه ممنوع است ایجاد صورت است ولی وجود آن مبغوض نیست تا رفعش واجب باشد. بله گاهی ملازمه از سیاق دلیل یا از خارج فهمیده می‌شود مثل حرمت ایجاد نجاست در مسجد که مستلزم مبغوضیت وجود نجاست در آنجا و مستلزم وجوب رفع آن است.» (۱۹۳/۱). صاحب‌عروه نیز صراحتا اعلام می‌کند: «پرواضح است که بین حرمت فعل و حرمت ابقا ملازمه وجود ندارد» (حاشیه المکاسب، ۱۷/۱).

خویی به شکل نسبتا مبسوطی به این مطلب می‌پردازد و می‌نویسد: «بدیهی است که بین حدوث و بقا، نه حکما و نه موضوعا ملازمه وجود ندارد؛ بنابراین آنچه بر حرمت ایجاد، دلالت می‌کند دیگر بر حرمت وجود بقائا دلالتی ندارد خواه از فاعل، عصیانا صادر شود یا نسیانا و غفلتا مگر این‌که بر وجود ملازمه، قرینه اقامه شود مثل دلالت حرمت تنجیس مسجد بر وجوب ازاله نجاست از آن، اما چه بسا گاهی ابقای نتیجه حتی در صورت حرام‌بودن فعل، واجب شود کما این‌که اگر قرآن بر کاغذ مغصوب یا با قلم مغصوب نوشته شود یا عبد بدون اذن مولایش آن را بنویسد یا مسجدی بنا کند، یا تولد کسی از طریق زنا (ایجاد ولد از طریق زنا حرام است اما بقای مولود زنا حرام نیست بلکه واجب است)؛ و اگر اشکال شود که نهی از ایجاد، کاشف از مبغوضیت وجود مستمر در طول زمان است مثل نهی از فروش عبد مسلمان به کافر حدوثا که کاشف از حرمت ملکیت عبد برای کافر است بقائا. در پاسخ باید گفت نهی از فروش عبد مسلمان به کافر اگر تمام باشد دلالت می‌کند بر وجوب ازاله علاقه و ارتباط کافر از عبد مسلمان و در آن، بین حدوث و بقا فرقی نیست به خلاف مانحن‌فیه زیرا فهمیدی که مجرد وجود دلیل بر حرمت ایجاد، دلالت بر حرمت ابقا نمی‌کند مگر این‌که همراه با قرائن مذکور باشد.». (مصباح الفقاهه، ۳۷۳/۱).

نتیجه‌گیری

حال پس از ذکر آن‌چه ظاهرا می‌تواند دلائل قاعده مذکور باشد به نظر می‌رسد شاید بتوان در پاسخ به پرسش آغازین (ذیل نکته سوم) و نتیجه بحث این‌گونه گفت که قاعده اینست که آنچه در ابتدا حرام است، بقا و دوام آن حرام نیست مگر اینکه قرینه یا دلیل خاصی باشد که خلاف آن را ثابت کند تا آنچه حرام است ابتدائا، استدامتا نیز حرام باشد؛ و اگر تحلیل این عبارت و تطبیق آن بر بحث فعلی درست باشد می‌توان گفت عبارت مورد بحث یعنی «یغتفر فی الدوام ما لایغتفر فی الابتداء» نیز قاعده‌ای مستقل (از قواعد سه گانه «الدفع اقوی من الرفع»، «التابع تابع» و «المانع طاری) است و در این صورت خلاف آن یعنی موارد «ما لایغتفر فی الابتداء و الدوام» استثناء بر این قاعده خواهد بود.

منابع

قرآن کریم

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***کتاب المکاسب***، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱٤۲۰ ق.

ابن حجر عسقلانی، احمدبن علی، ***فتح الباری***، بیروت، دارالمعرفة للطباعة و النشر، بی‌تا.

ابن حنبل، احمد بن محمد، ***مسند الامام احمد بن حنبل***، بیروت، دارصادر، بی‌تا.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ***المغنی***، بیروت، دارالکتاب العربی، بی‌تا.

ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، ***الاشباه والنظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان***، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱٤۱۹ ق.

بخاری، محمدبن اسماعیل، ***صحیح البخاری***، استانبول، دارالفکر للطباعة و النشر، ۱٤۰۱ ق.

حموی، احمد بن محمد، ***غمز عیون البصائر فی شرح الاشباه و النظائر***، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱٤۰٥ ق.

خطیب شربینی، محمد بن احمد، ***مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج***، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۳۷۷ ق.

خویی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهه***، قم، انتشارات داوری، ۱۳۷۷.

زرقا، مصطفی احمد، ***شرح القواعد الفقهیه***، دمشق، دارالقلم، ۱٤۰۹ ق.

زرکشی، محمد بن بهادر، ***المنثور فی القواعد***، کویت، وزاره اوقاف الکویتیه، ۱٤۰٥ ق.

سُبکی، عبدالوهاب بن علی، ***الاشباه والنظائر***، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱٤۱۱ ق.

سعیدان، ولید بن راشد، ***تلقیح الافهام العلیه بشرح القواعد الفقهیه***، الموقع الرسمی للمکتبة الشامله.

سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، ***الاشباه و النظائر***، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱٤۱۱ ق.

شروانی، عبدالحمید، ***حواشی الشروانی***، عبدالحمید شروانی و قاسم عبادی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی‌تا.

شمس الائمه سرخسی، محمد بن احمد، ***المبسوط***، بیروت، دارالمعرفه للطباعة و النشر، ۱٤۰٦ ق.

شوکانی، محمد، ***نیل الاوطار***، بیروت، دارالجیل، ۱۹۷۳ م.

شهید اول، محمد بن مکی، ***القواعد والفوائد***، قم، منشورات مکتبة المفید، بی‌تا.

صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام***، طهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳٦۷.

عاملی غروی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه***، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱٤۱۹ ق.

عبدالغفار، محمدحسن، ***القواعدالفقهیة بین الاصالة والتوجیه***، الموقع الرسمی للمکتبة الشامله.

علا الدین کاسانی، ابوبکر بن مسعود، ***بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع***، پاکستان، مکتبه الحبیبیه، ۱٤۰۹ ق.

فادانی، محمد یاسین بن عیسی، ***الفوائد الجنیة حاشیة مواهب السنیة شرح الفرائد البهیة فی نظم القواعد الفقهیة***، بیروت، دارالبشائر الاسلامیه، ١٤١٧ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، موسسه آل البیت لاحیاء التراث، ١٤٠٨ ق.

مسلم بن حجاج، ***المسند الصحیح***، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، ***مستند الشیعة فی احکام الشریعة***، قم، موسسه آل البیت لاحیاءالتراث، ١٤١٥ ق.

نسائی، احمد بن علی، ***السنن الکبری***، بیروت، دارالکتب العلمیه، ١٤١١ ق.

نووی، یحیی بن شرف، ***صحیح المسلم بشرح النووی***، بیروت، دارالکتاب العربی، ١٤٠٧ ق.

یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ***حاشیة المکاسب***، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.